



# **Universidade de Brasília**

**UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA - UnB  
FACULDADE DE DIREITO  
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO**

**FERNANDO CHIN OHTOSHI**

**CADASTRO RESERVA EM CONCURSO PÚBLICO:  
IRREGULARIDADE OU NECESSIDADE?**

**Brasília - DF  
2013**

**FERNANDO CHIN OHTOSHI**

**CADASTRO RESERVA EM CONCURSO PÚBLICO:  
IRREGULARIDADE OU NECESSIDADE?**

Monografia apresentada à disciplina Redação de Monografia como requisito para conclusão do Curso de Bacharelado em Direito da Universidade de Brasília – UnB.

Orientador: Professor Doutor Alexandre Kehrig Veronese Aguiar.

**Brasília - DF  
2013**

# **CADASTRO RESERVA EM CONCURSO PÚBLICO: IRREGULARIDADE OU NECESSIDADE?**

Monografia apresentada à disciplina Redação de Monografia como requisito para conclusão do Curso de Bacharelado em Direito da Universidade de Brasília – UnB.

Orientador: Professor Doutor Alexandre Kehrig Veronese Aguiar.

Brasília, 16 de dezembro de 2013.

Banca Examinadora:

---

Prof. Doutor Alexandre Kehrig Veronese Aguiar

Orientador

---

Prof. Voluntário Mestre Rodolfo Tsunetaka Tamanaha

Membro da Banca Examinadora

---

Prof. Doutor Paulo Burnier da Silveira

Membro da Banca Examinadora

---

Prof. Doutor Cláudio Ladeira de Oliveira

Membro Suplente da Banca Examinadora

## **AGRADECIMENTOS**

A meus pais, Paulo e Maria, e a meu irmão, Eduardo, por incentivarem e permitirem que esse sonho pudesse ser realizado.

A meus amigos, em especial, Cesar, Letícia, Mônica, Rodrigo e Paulo por me darem apoio emocional nos momentos difíceis, na caminhada da vida, e durante o curso de Direito.

A meu grande mestre e orientador, Professor Doutor Alexandre Veronese, por iluminar os caminhos a serem trilhados para a realização deste trabalho.

Aos ilustres membros da banca, Mestre Rodolfo Tsunetaka Tamanaha e por atenderem a meu apelo em participar de minha avaliação.

E a Deus, por minha existência, e por todas as felicidades e sucessos concedidos a mim.

## **RESUMO**

O presente trabalho de conclusão de curso visa analisar a possível existência de irregularidade na utilização do chamado cadastro de reserva em concursos públicos. Inicia-se com a análise de princípios relevantes ao estudo, os quais sejam princípios constitucionais da legalidade, eficiência, do ingresso mediante concurso, e da isonomia, além os princípios administrativos da discricionariedade, da supremacia do interesse público e da continuidade dos serviços públicos. Após a análise de princípios, será feita a análise do próprio instituto jurídico do concurso público, não somente de como evoluiu ao longo do tempo, mas de sua participação na luta por direitos e seu reflexo constitucional. Em seguida, após a definição e delimitação do edital e do próprio cadastro reserva, será feita uma análise de alguns autores e textos normativos que tratam do tema, com a verificação de possíveis óbices ao uso do instituto do cadastro reserva, em projetos de lei e nos julgados do RE 227.480 do Supremo Tribunal Federal e do MS 17.886 do Superior Tribunal de Justiça.

**PALAVRAS-CHAVE:** concurso público, cadastro de reserva, legalidade, eficiência, discricionariedade

## SUMÁRIO

<b>1. INTRODUÇÃO .....</b>	<b>7</b>
<b>2. PRINCÍPIOS RELEVANTES .....</b>	<b>9</b>
2.1 Princípios Constitucionais .....	9
2.1.1 Princípio da Legalidade .....	9
2.1.2 Princípio da Eficiência .....	11
2.1.3 Princípio do Ingresso no Serviço Público mediante Concurso .....	12
2.1.4 Princípio da Isonomia .....	12
2.2 Princípios Administrativos .....	13
2.2.1 Princípio da Discricionariedade .....	13
2.2.2 Princípio da Supremacia do Interesse Público .....	14
2.2.3 Princípio da Continuidade dos Serviços Públicos .....	15
<b>3. CONCURSO PÚBLICO: EVOLUÇÃO DO INSTITUTO .....</b>	<b>15</b>
3.1 A modernização do Direito pós-1988 .....	16
3.2 O concurso público no decurso do tempo .....	18
3.3 Edital: a “lei” do concurso .....	21
<b>4. CADASTRO (DE) RESERVA .....</b>	<b>24</b>
4.1 Conceituação .....	24
4.2 Opiniões de autores sobre o cadastro de reserva .....	24
4.2.1 Artigo: “Concurso Público para Cadastro de Reserva” .....	25
4.2.2 Artigo: “Concurso público: direito à nomeação e a existência de cadastro de reserva” .....	28
4.2.3 Artigo: “Cadastro reserva em certames públicos: mera discricionariedade ou vinculação administrativa?” .....	30
4.2.4 Artigo: “A inconstitucionalidade do sistema de cadastro de reserva em concursos públicos: A fraude ao direito subjetivo à nomeação do candidato aprovado dentro do número de vagas.” .....	31
<b>5. DEMONSTRAÇÃO DA NÃO EXISTÊNCIA DE PROIBIÇÃO EXPRESSA ...</b>	<b>33</b>
5.1 Possível óbice na ausência de previsão legal .....	33
5.2 Julgamento do Recurso Extraordinário 227.480 .....	34

5.3 Mandado de Segurança 17.886.....	36
5.4 Projeto de Lei do Senado nº 74/2010.....	38
5.5 Projeto de Lei do Senado nº 154/2011.....	39
<b>6. CONCLUSÃO .....</b>	<b>41</b>
<b>7. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS .....</b>	<b>43</b>

## 1. INTRODUÇÃO

No Direito Administrativo atual, encontra-se com cada vez mais frequência o instituto do cadastro de reserva, em relação a matéria de concursos públicos. Esse instituto, que permite à Administração Pública a realizar concursos para além da previsão original, não possui definição formalizada em nenhum texto legislativo.

O princípio da legalidade que permeia a atividade administrativa, elencado no artigo 37, caput, e que, junto com os princípios da impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência, são os pilares da Administração Pública, prescreve que “a ausência de disciplina jurídica tem de ser interpretada como ausência de liberação para o exercício de algum poder jurídico.” (JUSTEN FILHO, 2013, p. 229) Logo, no que tange às relações de direito público, “tudo o que, em virtude de lei, não for autorizado será reputado como proibido.” (JUSTEN FILHO, 2013, p. 229)

Se o princípio supracitado por entendido em sua literalidade, o instituto do cadastro de reserva não poderia existir no ordenamento jurídico atual. Constituir-se-ia em severa violação ao princípio da legalidade pela administração. No entanto, o próprio Marçal Justen Filho demonstra a necessidade de não se entender literalmente o princípio.

É necessário, também, estabelecer quais os limites do entendimento do poder discricionário, uma das premissas fundamentais da Administração. Fundado nos critérios de conveniência e oportunidade, o abuso desse poder caracteriza eventual arbitrariedade contra os administrados.

O presente trabalho de conclusão de curso visa defender a aplicação do cadastro de reserva em concursos. Apesar da escassa quantidade de fontes a debater sobre o assunto, a temática é recorrente no cenário atual, logo, sendo de crucial análise.

Inicialmente, serão descritos os princípios norteadores do cadastro reserva, em especial, a legalidade, a eficiência, a supremacia do interesse público e a discricionariedade. Entende-se como uma administração eficiente aquela que seja voltada ao interesse público relevante, mas que o faça com o menor dispêndio de recursos.



Nesse contexto enquadra-se o cadastro de reserva. Ao realizar concurso com possibilidade de provimento de vagas caso haja vacância de novos cargos, torna a administração mais eficiente ao garantir a continuidade dos serviços públicos, reduzindo-se os prejuízos.

Uma análise do cadastro reserva não poderia ser desvinculada do instituto do concurso público. Assim, será feita uma descrição da influência da luta pelo direito no concurso público ao longo das Constituições brasileiras. Em especial, os fenômenos de tribunalização e judicialização serão descritos para demonstrar como a sociedade busca um Direito mais dinâmico.

Não existe uma definição consagrada do que é o cadastro de reserva, mas será apresentada um conceito formado a partir do entendimento atual. Depois da breve conceituação, serão apresentados entendimentos dos autores Sérgio Bahiense Colão, Fabrício Motta, Richard Paes Lyra Júnior e Fábio Henrique Alves Dias, acerca do tema.

Após a definição do cadastro reserva, investigar-se-á se existem obstáculos à utilização desse nos textos normativos do ordenamento jurídico atual, para chegar-se, enfim, a conclusão de que não somente ele é benéfico aos interesses da Administração Pública, aos interesses da coletividade, e que não há previsão legal de impedimento a que esse instituto perdure.

## **2. PRINCÍPIOS RELEVANTES**

Antes de analisar o cadastro reserva e seu contexto atual, é indispensável definir quais princípios serão utilizados em sua análise. Aos princípios constitucionais da legalidade, eficiência, do ingresso mediante concurso, e da isonomia, são adicionados os princípios administrativos da discricionariedade, da supremacia do interesse público e da continuidade dos serviços públicos.

### **2.1 Princípios Constitucionais**

Os princípios constitucionais a seguir estão referenciados explicitamente na Constituição de 1988.

#### **2.1.1 Princípio da Legalidade**

O princípio da legalidade encontra dois desdobramentos principais na Constituição: a legalidade que se refere à vida particular dos sujeitos de direito em geral, e a legalidade inerente à Administração Pública de forma específica.

O primeiro desdobramento está descrito no art. 5º, onde também está elencado o princípio da igualdade ou isonomia, que será tratado adiante neste trabalho. Todavia, sua qualificação específica, diferente daquele, encontra-se no inciso II. Segundo o texto constitucional:

“Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...)

II - ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei; (...)”<sup>1</sup>

Justen Filho trata esse princípio como diretamente relacionado ao princípio da liberdade. Sobre a legalidade que permeia a vida privada, descreve o autor:

“O princípio da liberdade, que norteia a vida privada, conduz à afirmação de que tudo o que não estiver disciplinado pelo direito está abrangido na esfera

---

<sup>1</sup> BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

de autonomia. Portanto, a ausência de disciplina jurídica é interpretada como liberação para o exercício de escolhas subjetivas. Isso se traduz no postulado de que tudo o que, em virtude de lei, não for proibido nem obrigatório será reputado como permitido. Portanto, a omissão de disciplina por parte do direito interpreta-se como legitimação da autonomia privada.” (JUSTEN FILHO, 2013, p. 229)

O segundo desdobramento é elencado no art. 37, *caput*, conforme a redação a seguir:

“Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: (...)”<sup>2</sup>

Em contraposição ao primeiro, o princípio da legalidade que norteia a atividade administrativa tem entendimento diferente, como elucida o autor:

“Quando se consideram as relações regidas pelo direito público, a situação se altera. Assim se põe porque o exercício de competências estatais e de poderes excepcionais não se funda em alguma qualidade inerente ao Estado ou a algum atributo do governante. Toda a organização estatal, a atividade administrativa em sua integralidade, a instituição de funções administrativas são produzidas pelo direito. Logo, a ausência de disciplina jurídica tem de ser interpretada como ausência de liberação para o exercício de algum poder jurídico. Daí afirmar que, nas relações de direito público, tudo o que, em virtude de lei, não for autorizado será reputado como proibido.” (JUSTEN FILHO, 2013, p. 229)

No entanto, ele reitera a importância de não se interpretar de forma literal esse princípio:

“Quando se afirma que o princípio da legalidade envolve a existência de lei, isso não pode ser interpretado como exigência de disciplina legal literal e expressa. O princípio da legalidade conduz a considerar a existência de normas jurídicas, expressão que não é sinônima de ‘lei’, tal como exposto. Há princípios jurídicos implícitos. Também há regras jurídicas implícitas. A disciplina jurídica é produzida pelo conjunto das normas jurídicas, o que exige compreender que, mesmo sem existir dispositivo literal numa lei, o

---

<sup>2</sup> BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Redação dada a partir da Ementa Constitucional 19/98.

sistema jurídico poderá impor restrição à autonomia privada e obrigatoriedade de atuação administrativa.” (JUSTEN FILHO, 2013, p. 229)

Esse entendimento será essencial para a compreensão do cadastro reserva, a ser descrita mais adiante neste trabalho, tendo em vista a ausência de disposição legislativa expressa referente ao objeto de estudo.

### **2.1.2 Princípio da Eficiência**

O princípio da eficiência, um dos marcos mais importantes na atuação da Administração Pública, não estava previsto na redação original da Constituição de 1988. Foi incluído posteriormente no texto normativo por meio da Emenda Constitucional 19/98, no art. 37, já supracitado, como informa Carvalho Filho:

“A EC nº 19/98, que guindou ao plano constitucional as regras relativas ao projeto de reforma do Estado, acrescentou, ao *caput* do art. 37, outro princípio: o da eficiência (denominado de ‘qualidade do serviço prestado’ no projeto de Emenda). Com a inclusão, pretendeu o Governo conferir direitos aos usuários dos diversos serviços prestados pela Administração ou por seus delegados e estabelecer obrigações efetivas aos prestadores.” (CARVALHO FILHO, 2012, p. 29)

Define o autor, em seguida, o objetivo a ser alcançado pelo princípio da eficiência:

“O núcleo do princípio é a procura de produtividade e economicidade e, o que é mais importante, a exigência de reduzir os desperdícios de dinheiro público, o que impõe a execução dos serviços públicos com presteza, perfeição e rendimento funcional.” (CARVALHO FILHO, 2012, p. 29)

O autor remete, ainda, à distinção dos conceitos de eficiência, eficácia e efetividade:

“A eficiência transmite sentido relacionado ao modo pelo qual se processa o desempenho da atividade administrativa; a ideia diz respeito, portanto, à conduta dos agentes. Por outro lado, eficácia tem relação com os meios e instrumentos empregados pelos agentes no exercício de seus misteres na administração; o sentido aqui é tipicamente instrumental. Finalmente, a efetividade é voltada para os resultados obtidos com as ações

administrativas; sobreleva nesse aspecto a positividade dos objetivos.”  
(CARVALHO FILHO, 2012, p. 31)

O princípio da eficiência merece destaque, por ser um dos principais fundamentos para a defesa da continuidade do cadastro reserva, como será descrito adiante neste trabalho.

### **2.1.3 Princípio do Ingresso no Serviço Público mediante Concurso**

O princípio da obrigatoriedade de realização de procedimento seletivo de candidatos, o concurso público, é elencado na Constituição Federal, Artigo 37, inciso II, conforme a redação abaixo:

“II - a investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos, de acordo com a natureza e a complexidade do cargo ou emprego, na forma prevista em lei, ressalvadas as nomeações para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração”

### **2.1.4 Princípio da Isonomia**

O princípio da igualdade, ou da isonomia, é um dos direitos fundamentais mais essenciais ao entendimento do ordenamento jurídico atual, e ao entendimento dos moldes atuais que o concurso público tem adquirido. Na conceituação por José Afonso da Silva:

“Nossas constituições, desde o Império, inscreveram o princípio da igualdade, como igualdade perante a lei, enunciado que, na sua literalidade, se confunde com a mera isonomia formal, no sentido de que a lei e sua aplicação tratam a todos igualmente, sem levar em conta distinções de grupos. A compreensão do dispositivo vigente, nos termos do art. 5º, *caput*, não deve ser assim tão estreita. O intérprete há que aferi-lo com outras normas constitucionais, conforme apontamos supra e, especialmente, com as exigências da justiça social, objetivo da ordem econômica e da ordem social. Considerá-lo-emos como isonomia formal para diferenciá-lo da isonomia material, traduzido no art. 7º, XXX e XXXI, que já indicamos no n. 1 supra. A Constituição procura aproximar os dois tipos de isonomia, na medida em que não se limitara ao simples enunciado da igualdade perante

a lei; menciona também igualdade entre homens e mulheres e acrescenta vedações a distinção de qualquer natureza e qualquer forma de discriminação.” (SILVA, 2007, p. 214-215)

A isonomia material é um dos objetivos que o concurso público visa realizar, como será debatido em momento oportuno.

## **2.2 Princípios Administrativos**

Os princípios administrativos aqui mencionados, de forma diversa dos constitucionais, não estão expressamente descritos. Entretanto, mesmo sendo caracterizadas como princípios implícitos, são equivalentes em importância aos princípios descritos anteriormente.

### **2.2.1 Princípio da Discricionariedade**

Na definição ofertada pelo douto autor Carvalho Filho:

“Poder discricionário, portanto, é a prerrogativa concedida aos agentes administrativos de elegerem, entre várias condutas possíveis, a que traduz maior conveniência e oportunidade para o interesse público. Em outras palavras, não obstante a discricionariedade constitua prerrogativa da Administração, seu objetivo maior é o atendimento aos interesses da coletividade.” (CARVALHO FILHO, 2012, p. 49)

Os critérios de conveniência e oportunidade são os pilares fundamentais do princípio da discricionariedade. Segundo o autor: “A primeira indica em que condições vai se conduzir o agente; a segunda diz respeito ao momento em que a atividade deve ser produzida.” (CARVALHO FILHO, 2012, p. 49)

Existem dois momentos de exercício da discricionariedade, como novamente assevera Carvalho Filho: “Não obstante, o exercício da discricionariedade tanto pode concretizar-se ao momento em que o ato é praticado, quanto, a posteriori, ao momento em que a Administração decide por sua revogação.” (CARVALHO FILHO, 2012, p. 49)

Por último, mas de igual importância, o autor ressalta que poder discricionário não se constitui em livre arbítrio: “Portanto, não se deve cogitar da

discrecionalidade como um poder absoluto e intocável, mas sim como uma alternativa outorgada ao administrador público para cumprir os objetivos que constituem as verdadeiras demandas dos administrados. Fora daí, haverá arbítrio e justa impugnação por parte da coletividade.” (CARVALHO FILHO, 2012, p. 50)

Esse entendimento será retomado mais adiante no trabalho, em especial destaque, no julgamento do RE 227.480 pelo Supremo Tribunal Federal.

### **2.2.2 Princípio da Supremacia do Interesse Público**

Na definição do poder discricionário, discorre-se sobre a necessidade de observação do interesse público, pela Administração Pública, na prática de seus atos. Assim, cabe definir as diretrizes de o que é o interesse público.

O princípio da supremacia do interesse público, ou do interesse público relevante, é assim descrito por Carvalho Filho:

“As atividades administrativas são desenvolvidas pelo Estado para benefício da coletividade. Mesmo quando age em vista de algum interesse estatal imediato, o fim último de sua atuação deve ser voltado para o interesse público. E se, como visto, não estiver presente esse objetivo, a atuação estará inquinada de desvio de finalidade.” (CARVALHO FILHO, 2012, p. 32)

Justen Filho critica a falta de definição do que é o interesse público:

“A doutrina costuma invocar o ‘interesse público’, mas sem definir a expressão nem apresentar um conceito mais preciso. (...) Afinal, a indeterminação dos critérios de validade dos atos governamentais dificulta seu controle. Não é fácil definir interesse público, inclusive por sua natureza de conceito jurídico indeterminado, o que afasta uma exatidão de conteúdo.” (JUSTEN FILHO, 2013, p. 148)

O autor, entretanto, define como possível, a delimitação do interesse público pela conceituação por exclusão, ou seja, do que não pode ser considerado interesse público, a partir da página 149 de sua obra. Ele destaca que o interesse público não se confunde com o interesse do Estado, por existirem interesses públicos não-estatais, como as ONG's; com o interesse do aparato estatal, nem do agente público, pois o interesse privado desse aparato, ou do agente, como o não-pagamento de dívidas, não se configura como interesse público; não se confunde com interesse da sociedade, pois sendo este o somatório de indivíduos, se afastaria

de qualquer interesse privado individual; e não se confunde com interesse de todos ou da maioria dos sujeitos privados, pois o primeiro caso é utópico, não havendo unanimidade no caso de um grande número de sujeitos privados; e, no segundo caso, a vontade da maioria oprimiria a vontade das minorias. (JUSTEN FILHO, 2013, p. 149-150)

### **2.2.3 Princípio da Continuidade dos Serviços Públicos**

O princípio da continuidade de serviços públicos pode ser entendido como a busca da ininterrupção, na medida do possível, das atividades realizadas pela Administração Pública. Na elucidação de Carvalho Filho:

“Os serviços públicos buscam atender aos reclamos dos indivíduos em determinados setores sociais. Tais reclamos constituem muitas vezes necessidades prementes e inadiáveis da sociedade. A consequência lógica desse fato é o de que não podem os serviços públicos ser interrompidos, devendo, ao contrário, ter normal continuidade.” (CARVALHO FILHO, 2012, p. 34)

O autor segue relacionando o referido princípio com o da eficiência:

“Não é dispensável, porém, acentuar que a continuidade dos serviços públicos está intimamente ligada ao princípio da eficiência, (...) Logicamente, um dos aspectos da qualidade dos serviços é que não sofram solução de continuidade, prejudicando os usuários.” (CARVALHO FILHO, 2012, p. 35)

Estabelece, também, sua ligação com a supremacia do interesse público: “Em ambos, se pretende que a coletividade não sofra prejuízos em razão de eventual realce a interesses particulares.” (CARVALHO FILHO, 2012, p. 35)

Descritos os princípios que norteiam o cadastro de reserva concursos públicos, o trabalho segue com uma análise do próprio concurso público.

## **3. CONCURSO PÚBLICO: EVOLUÇÃO DO INSTITUTO**

O cadastro de reserva integra o instituto jurídico do concurso público, sendo assim, interessante ao trabalho, fazer uma análise sobre o



procedimento de seleção de servidores públicos, partindo da luta por direitos após 1988.

Conforme o professor Carvalho Filho:

“Concurso Público é o procedimento administrativo que tem por fim aferir as aptidões pessoais e selecionar os melhores candidatos ao provimento de cargos e funções públicas. Na aferição pessoal, o Estado verifica a capacidade intelectual, física e psíquica de interessados em ocupar funções públicas e no aspecto seletivo são escolhidos aqueles que ultrapassam as barreiras opostas no procedimento, obedecidas sempre à ordem de classificação. Cuida-se, na verdade, do mais idôneo meio de recrutamento de servidores públicos”. (CARVALHO FILHO, 2012, p. 622)

### 3.1 A modernização do Direito pós-1988

A partir da Constituição de 1988, verifica-se um novo momento na luta pelos direitos dos sujeitos de Direito individualmente reconhecidos. José Eisenberg, em seu texto “Pragmatismo, Direito reflexivo e judicialização da Política”, elucida o processo de interferência positiva do Judiciário e dos tribunais em face do Legislativo. Inicialmente, explica como intervém o pragmatismo:

“Para o pragmatismo, teorias éticas ou morais operam sobre a formulação do direito, mas, na maior parte das vezes (ou pelo menos frequentemente), a porção mais importante de uma legislação é o *proviso* ‘exceto em casos em que fatores preponderantes prescrevam o contrário’. (...) O pragmatismo, portanto, aponta para a heterogeneidade de recursos utilizados pelo direito para produzir resoluções políticas para disputas que precisam ser formatadas em termos apolíticos e abstratos. Um juiz pragmatista será então, antes de tudo, um criador do direito. Ao decidir, ele torna-se servo das necessidades humanas e sociais, dando primazia às possíveis consequências de seu julgamento.” (EISENBERG, 2002, p.49)

Passa o autor a explicar como procedem os fenômenos da judicialização e da tribunalização, sob a ótica do pragmatismo jurídico:

Neste contexto, a judicialização da política, isto é, a ampliação do alcance da ação executiva e legislativa do Judiciário, é interpretada como uma expansão das demandas por resolução de conflitos sociais, que geram a necessidade de o direito raciocinar sobre novas consequências desejáveis. A tribunalização por sua vez, enquanto movimento inverso da judicialização, aponta para o mesmo fenômeno, ainda que novas consequências

desejáveis sejam introduzidas nos horizontes dos poderes Legislativo e Executivo, que buscam através de instrumentos tipicamente jurídicos realizar essas consequências. Nesse sentido, na visão do pragmatismo jurídico, os fenômenos da judicialização e da tribunalização da política não são nem positivos nem negativos *a priori*, indicando apenas a necessidade imperativa de se olhar para a atividade dos atores do sistema judiciário de um ponto de vista consequencialista. Sob a ótica realista desses autores, tais fenômenos devem ser analisados de uma perspectiva sociológica, e não normativa, no sentido de compreender as transformações que ocasionaram novas demandas e novas finalidades sociais desejadas.” (EISENBERG, 2002, p.50-51)

Com relação ao direito reflete sobre seus próprios institutos, Eisenberg faz referência à teoria de Niklas Luhmann, de sua obra “*Operational Closure and Structural Coupling: The Differentiation of the Legal System*”. Conforme Eisenberg:

“Além de realizarem operações de observação mútua, os subsistemas sociais também são capazes daquilo que a teoria dos sistemas designa de ‘acoplamento estrutural’. Uma vez que todo e qualquer subsistema social é composto de comunicações dotadas de significado, a existência de atos comunicativos compartilhados pelos subsistemas permite que eles se conectem uns aos outros. Isto não significa que os subsistemas observam seus acoplamentos estruturais, mas sim que eles precisam lidar com as ‘perturbações, irritações, surpresas e frustrações canalizadas pelo seu acoplamento estrutural’.” (EISENBERG, 2002, p.55)

Elucida o autor que há uma resistência por parte de autores do direito reflexivo com relação aos fenômenos:

“O império da lei em uma sociedade complexa e funcionalmente diferenciada, isto é, o império da racionalidade jurídica na criação, resolução e prevenção de disputas, significa que, nas práticas sociais e nos conflitos que lhe são inerentes, os atores e instituições consideram que a estratégia da juridificação desses conflitos a estratégia mais virtuosa, e não simplesmente a estratégia mais eficaz para atingir seus próprios objetivos. Em outras palavras, da perspectiva do direito reflexivo, a judicialização e a tribunalização da política são riscos inerentes a esse império, já que implicam movimentos de desdiferenciação funcional que retiram do direito sua capacidade de fornecer aos outros subsistemas, via acoplamentos estruturais, seu código normativo específico.” (EISENBERG, 2002, p.57)

Entretanto, entende o autor ter mais benefícios a crescente transformação promovida por esses fenômenos, como nas passagens abaixo:

“Parece não haver dúvidas, no entanto, de que no Brasil diversas incompletudes no plano da autonomia do direito são supridas por uma permanente judicialização da política, que em nosso país esta longe de ser simplesmente um vício de superjuridificação. Parece claro também que os recentes movimentos de tribunalização da política, em particular o uso de CPIs no Legislativo, apontam para uma densificação do império do direito e de suas normas, especialmente no que tange à procedimentalização e à neutralidade na aplicação desses procedimentos.” (EISENBERG, 2002, p.58)

“Esta politização do Judiciário é para o bem, ainda que muitas vezes possa ser também para o mal, mas não faltam exemplos de como nosso direito vem funcionando no Brasil como contrapeso radical a práticas conservadoras da classe política ou econômica. A juridificação dessa capacidade de absorção de conflitos através de direitos de desestabilização que permitam resistir à juridificação daquelas práticas conservadoras será, necessariamente, um outro passo importante na democratização de nosso país.” (EISENBERG, 2002, p.59)

Assim, Eisenberg revela que os fenômenos da judicialização e da tribunalização, entendidos como a Política atendendo à crescente demanda por resoluções de conflitos sociais, são reflexos do anseio social na busca por mais direitos. Visa-se um Direito mais dinâmico, que consiga atualizar-se ao longo do tempo, conforme a necessidade se apresenta, tornando-o um reflexo do que é exigido pela sociedade.

Em particular para o presente trabalho, o concurso público é consequência da vontade por uma maior igualdade, como será visto a seguir.

### **3.2 O concurso público no decurso do tempo**

O concurso público, sendo um reflexo da evolução da Administração Pública em face do direito dos cidadãos, teve sua inserção progressiva ao longo das Constituições brasileiras, a partir do texto de 1934. Será feita uma descrição da previsão legal referente ao cargo público, e a posterior previsão de concurso para o

ingresso nas carreiras públicas, em paralelo com as teorias da Administração do patrimonialismo e da burocracia administrativa.

A Constituição Política do Império, de 25 de março de 1824, outorgada pelo imperador D. Pedro I, não tratou sobre o tema concurso público, tendo feito apenas vaga referência no seu Título VIII – que versa das disposições gerais e das garantias dos direitos civis e políticos dos cidadãos brasileiros – art. 179, inciso 14 “que todo cidadão pode ser admitido aos cargos públicos civis, políticos ou militares, sem outra diferença que não seja a de seus talentos e virtudes”.

À época, a teoria administrativa preponderante era a do patrimonialismo, onde há a ausência de limites entre os bens públicos e os privados. Predominava o nepotismo, ou seja, a nomeação de cargos públicos, a serem vitalícios e hereditários, de acordo com os interesses do administrador. Essa teoria administrativa prepondera até 1936, quando se instaura o sistema da burocracia administrativa.<sup>3</sup>

A primeira Constituição Republicana, de 24 de fevereiro de 1891, também não previu em seus artigos nenhuma disposição acerca de concurso público. Cita-se, entretanto, o seu artigo 73, que dispôs: “os cargos públicos civis ou militares são acessíveis a todos os brasileiros, observadas as condições de capacidade especial que a lei estatuir”. No artigo 79 havia proibição de acumulação de cargos públicos entre Poderes distintos e eram vedadas cumulações remuneradas.

A Constituição de 1934 foi a primeira constituição brasileira a dispor sobre a previsão da acessibilidade dos cargos públicos por meio de concurso público. O seu artigo 168 e 170, rezavam em síntese que “sem distinção de sexo ou estado civil, observadas as condições que a lei estatuir” era prevista a acessibilidade, sendo o concurso público “a primeira investidura nos postos de carreira das repartições administrativas, e nos demais que a lei determinar (...)”.

Dentre outras considerações, foi possível nessa Carta apenas Concurso aberto ao público na primeira investidura, a possibilidade de concurso interno, liberdade ao legislativo na escolha de quais cargos de carreira poderia haver concurso, estabilidade do servidor (após dois anos no serviço público, para os nomeados em virtude de concurso de provas; e , após dez anos de efetivo exercício,

---

<sup>3</sup> MAFRA, Francisco. Administração Pública burocrática e gerencial.

os demais servidores, art. 169), proibição de acumulação remunerada de cargos públicos, sejam eles ocupados na União, nos Estados ou Municípios.

A partir de 1936, passa a vigorar a teoria da burocracia administrativa, onde a administração passa a ser embasada nos pilares da carreira, hierarquia funcional, impessoalidade e formalismo. O objetivo dessa teoria era combater o nepotismo e a corrupção decorrentes do sistema patrimonialista. Assim, revela-se o início da busca pelo profissionalismo, ou seja, a procura por profissionais aptos ao exercício do cargo; e pela meritocracia, a escolha dos que mais se destacam.<sup>4</sup>

As Constituições de 10 de novembro de 1937 e 18 de setembro de 1946 praticamente acolheram a redação da Constituição de 1934. Inobstante, ficou vedada, na CF/46, a estabilidade aos cargos de confiança, e aos ocupantes de cargos que a lei declarasse de livre nomeação e exoneração.

A Constituição de 24 de janeiro de 1967 estabelece, em seu art. 95, parágrafo primeiro, que “a nomeação para cargo público de provas ou de provas e títulos exige aprovação prévia em concurso público”. Já o seu art. 95, prescreve que “prescinde de concurso a nomeação para cargos em comissão, declarados em lei, de livre nomeação e exoneração”.

A previsão da proibição de acumulação de cargos remunerados acabou para os aposentados, quanto ao exercício de mandato eletivo, cargo em comissão ou prestação de serviços técnicos e especializados. Nessa Constituição, também se dispôs segundo Meirelles:

“(...) para os cargos públicos efetivos e a quase totalidade de vitalícios os concursos públicos só podem ser de provas ou de provas e títulos, ficando, assim, afastada a possibilidade de seleção com base unicamente em títulos, como ocorria na vigência da Constituição de 1946, que fazia igual exigência para a primeira investidura em cargos de carreira, silenciando, entretanto, quanto à modalidade de concurso” MEIRELLES (1999:388).

Saliente-se que até essa Constituição não se exigia concurso público para admissão nos empregos públicos e nem nas funções técnicas ou científicas, e os servidores celetistas não tinham direito à estabilidade.

A Emenda Constitucional nº 1 de 17 de outubro de 1969, no seu artigo 97 voltou a exigir que somente a primeira investidura em cargo público

---

<sup>4</sup> MAFRA, Francisco. Administração Pública burocrática e gerencial.

dependerá de aprovação prévia, em concurso de provas ou de provas e títulos, salvo os casos indicados em lei.

A Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988, considerada a Constituição cidadã e a mais democrática das constituições históricas brasileiras. Foi a que trouxe mais inovações acerca do tema, passando a exigir o concurso público de provas ou de provas e títulos para o ingresso nos cargos e nos empregos públicos (art. 37, Incisos I e II).

A Constituição de 1988 consagra a busca por mais direitos individuais, verificada na ampliação dos direitos fundamentais elencados. Nessa direção, segue o concurso público, entendido como uma das formas de alcançar a isonomia material. Segundo Carvalho Filho:

“O concurso público é o instrumento que melhor representa o sistema do mérito, porque traduz um certame de que todos podem participar nas mesmas condições, permitindo que sejam escolhidos realmente os melhores candidatos. Baseia-se o concurso em três postulados fundamentais. O primeiro é o princípio da igualdade, pelo qual se permite que todos os interessados em ingressar no serviço público disputem a vaga em condições idênticas para todos. Depois, o princípio da moralidade administrativa, indicativo de que o concurso veda favorecimentos e perseguições pessoais, bem como situações de nepotismo, em ordem a demonstrar que o real escopo da Administração é o de selecionar os melhores candidatos. Por fim, o princípio da competição, que significa que os candidatos participam de um certame, procurando alçar-se a classificação que os coloque em condições de ingressar no serviço público.”  
(CARVALHO FILHO, 2012, p. 623)

O ingresso em carreira pública permite ao indivíduo condição financeira estável, efetivando a isonomia em seu aspecto. Ao Estado, interessa que sejam preenchidos os cargos com candidatos cada vez mais capacitados a cumprir as obrigações que lhe são repassadas, além de seguir pela supremacia do interesse público relativo ao interesse da Administração Pública. Aos administrados, constitui-se uma resposta à demanda por um rol de direitos subjetivos cada vez maior. Assim, atendendo-se aos interesses privados pelas carreiras públicas, e o interesse da máquina estatal por candidatos cada vez mais qualificados, o interesse público é habilmente cumprido.

### 3.3 Edital: a “lei” do concurso

O edital de um concurso é entendido como a “lei” do concurso público, por disciplinar todo o regramento a ser utilizado no certame. Não existe uma lei que descreva, em especificidade, a forma e o conteúdo a serem adotados pelo edital. Para formar a definição de edital, pode-se tomar emprestado a definição do edital de licitações, para o entendimento do edital de concursos. Segundo Carvalho Filho:

“O edital traduz uma verdadeira lei porque subordina administradores e administrados às regras que estabelece. Para a Administração, desse modo, o edital é *ato vinculado* e não pode ser desrespeitado por seus agentes. Nesse sentido, é expresso o art. 41. do Estatuto: ‘A Administração não pode descumprir as normas e as condições do edital, ao qual se acha estritamente vinculada’.” (CARVALHO FILHO, 2012, p. 278)

De semelhante forma, pode-se aplicar o princípio de vinculação ao instrumento convocatório ao edital de seleção de servidores. Conforme o autor:

“A vinculação ao instrumento convocatório é garantia do administrador e dos administrados. Se a regra fixada não é respeitada, o procedimento se torna inválido e suscetível de correção na via administrativa ou judicial. O princípio da vinculação tem extrema importância. Por ele, evita-se a alteração de critérios de julgamento, além de dar certeza aos interessados do que pretende a Administração. E se evita, finalmente, qualquer brecha que provoque violação à moralidade administrativa, à impessoalidade e à probidade administrativa.” (CARVALHO FILHO, 2012, p. 278)

Assim, entende-se que, para que se cumpra o princípio de vinculação ao instrumento convocatório, os juízes entendem que a Administração Pública busca seguir o edital como se lei fosse, tornando-se essa garantia dos administrados.

O Decreto 6.944/2009, que dispõe sobre normas gerais relativas a concursos públicos, entre outras providências, é o único texto a disciplinar a forma do edital atualmente. Conforme o texto normativo:

“Art. 19. Deverão constar do edital de abertura de inscrições, no mínimo, as seguintes informações:

I - identificação da instituição realizadora do certame e do órgão ou entidade que o promove;

- II - menção ao ato ministerial que autorizar a realização do concurso público, quando for o caso;
- III - número de cargos ou empregos públicos a serem providos;
- IV - quantitativo de cargos ou empregos reservados às pessoas com deficiência e critérios para sua admissão, em consonância com o disposto nos arts. 37 a 44 do Decreto nº 3.298, de 20 de dezembro de 1999;
- V - denominação do cargo ou emprego público, a classe de ingresso e a remuneração inicial, discriminando-se as parcelas que a compõem;
- VI - lei de criação do cargo, emprego público ou carreira, e seus regulamentos;
- VII - descrição das atribuições do cargo ou emprego público;
- VIII - indicação do nível de escolaridade exigido para a posse no cargo ou emprego;
- IX - indicação precisa dos locais, horários e procedimentos de inscrição, bem como das formalidades para sua confirmação;
- X - valor da taxa de inscrição e hipóteses de isenção;
- XI - orientações para a apresentação do requerimento de isenção da taxa de inscrição, conforme legislação aplicável;
- XII - indicação da documentação a ser apresentada no ato de inscrição e quando da realização das provas, bem como do material de uso não permitido nesta fase;
- XIII - enunciação precisa das disciplinas das provas e dos eventuais agrupamentos de provas;
- XIV - indicação das prováveis datas de realização das provas;
- XV - número de etapas do concurso público, com indicação das respectivas fases, seu caráter eliminatório ou eliminatório e classificatório, e indicativo sobre a existência e condições do curso de formação, se for o caso;
- XVI - informação de que haverá gravação em caso de prova oral ou defesa de memorial;
- XVII - explicitação detalhada da metodologia para classificação no concurso público;
- XVIII - exigência, quando cabível, de exames médicos específicos para a carreira ou de exame psicotécnico ou sindicância da vida pregressa;
- XIX - regulamentação dos meios de aferição do desempenho do candidato nas provas, observado o disposto na Lei nº 10.741, de 1º de outubro de 2003;
- XX - fixação do prazo de validade do concurso e da possibilidade de sua prorrogação; e
- XXI - disposições sobre o processo de elaboração, apresentação, julgamento, decisão e conhecimento do resultado de recursos.”



Ressalta-se que se tratam de exigências mínimas que devem ser observadas na elaboração do edital, mas sem prejuízo de outras disposições adicionais. Assim, mesmo que não haja disposição legal expressa, a mera previsão de cadastro de reserva no edital gera o entendimento de que ele é válido.

## **4. CADASTRO (DE) RESERVA**

### **4.1 Conceituação**

O concurso para formação de cadastro de reserva é definido como sua realização tomando-se um evento futuro e incerto, que, via de regra, é a vacância de cargos durante o período de validade do concurso, além de disponibilidade orçamentária para a convocação de candidatos além do número de vagas originalmente previsto. O autor Fabrício Motta estabelece outros critérios que poderiam ser utilizados para aferição dessa possibilidade, em seu texto, a ser analisado nesse capítulo.

Entende-se o cadastro reserva como cumprimento da necessidade gerencial da Administração Pública, permitindo-se que, caso necessário, sejam convocados mais candidatos do que o número de vagas originalmente previsto, desde que se enquadrem nos critérios de aprovação. Logo, a vacância deve ser aferida *a priori*.

Não existe respaldo legal que determine sua definição, nem seus objetivos, porém, tem sido adotado o cadastro de reserva com regularidade na realização dos certames, fundada sua utilização no princípio da eficiência. Segundo essa premissa, pode a Administração Pública realizar o concurso em momento anterior à efetiva vacância dos cargos, desde que haja a previsão de sua ocorrência no período de validade do certame.

Entende-se como eficiente, além de atender à supremacia do interesse público, a atuação administrativa nesse caso, porque estaria atuando no sentido de garantir a continuidade dos serviços públicos, em contraposição à realização após a vacância, onde o longo decurso de tempo de não-preenchimento do cargo, do requerimento de abertura do concurso ao Ministério de Planejamento,

Orçamento e Gestão, até sua finalização, poderia converter-se em grave prejuízo à adequada prestação de serviços públicos.

Logo, o cadastro de reserva está inserido em um caráter positivo da discricionariedade: a utilização desse recurso para uma maior eficiência, na atividade administrativa. Esse é o entendimento que este trabalho buscará defender:

## **4.2 Opiniões de autores sobre o cadastro de reserva**

Fundamental à proposta deste trabalho é analisar a argumentação acerca do tema em alguns trabalhos acerca do tema proposto. Os autores citados são Sérgio Bahiense Colão, Fabrício Motta, Richard Paes Lyra Júnior e Fábio Henrique Alves Dias. Como seus textos são, em essência, contra a utilização de cadastro reserva, buscar-se-á nesse trabalho tentar desconstruir os obstáculos descritos por eles.

### **4.2.1 Artigo: “Concurso Público para Cadastro de Reserva”**

Sérgio Bahiense Colão faz uma crítica da sobre a realização de prova *sui generis* para cadastro de reserva de vagas por empresas públicas e sociedades de economia mista. Inicia elencando quais, segundo seu entendimento, são os principais motivos ofertados por quem defende o cadastro de reserva:

- “I.1) as empresas públicas e as sociedades de economia mista possuem uma maior discricionariedade que os demais entes que integram a Administração Direta e Indireta;
- I.2) o cadastro de reserva de vaga atende melhor às peculiaridades das empresas públicas e das sociedades de economia mista, que por força do inciso II dos parágrafos 1º e 2º do artigo 173, da Constituição Federal de 1988, tem que atuar em pé de igualdade com a iniciativa privada;
- I.3) a Administração Pública pode instituir Concurso Público para cadastro de reserva de vaga, pois o Edital é a ‘lei’ do Concurso Público que rege, regulamenta, todas as etapas deles;
- I.4) a Constituição Federal não veda expressamente esta modalidade de Concurso Público, sendo, portanto, lícita a sua realização.” (COLÃO, 2005, p. 68)

Entretanto, antes da análise dos argumentos, ele critica a realização de prova para cadastro de reserva, com base na existência do direito subjetivo público relacionado ao caso:

O Direito Subjetivo Público é aquele oriundo de uma lei de natureza pública ou de um ato administrativo que se forma, via-de-regra, entre o particular, o ente administrativo ou o servidor e a Administração Pública podendo o seu titular exigir da Administração que ela cumpra a obrigação, que pode ser de fazer, de não fazer ou de dar, a que está vinculada, sob pena dele recorrer ao Poder Judiciário.” (COLÃO, 2005, p. 68)

Entende também haver um direito subjetivo à realização de avaliação por Provas ou Provas e Títulos, e que a prova para cadastro reserva seria uma violação expressa à lei:

“Ocorre que no nosso atual sistema Administrativo Constitucional as modalidades existentes de Concurso Público vêm previstas expressamente no inciso II do 37, da Constituição Federal que prevê, única e exclusivamente, a realização de Concurso Público de Provas ou de Provas e Títulos, não se referindo em nenhum momento a Concurso Público para Cadastro de Reserva. Desta forma, conclui-se que o candidato ao Concurso Público possui Direito Subjetivo Público a que ele seja submetido apenas a Concurso Público de Provas ou de Provas e Títulos, por expressa determinação da atual Carta Magna.” (COLÃO, 2005, p. 69)

Essa premissa não prospera, pois a previsão de “Concurso por Provas ou Provas e Títulos” refere-se à avaliação, enquanto o cadastro de reserva é pertinente ao provimento das vagas.

Com relação ao primeiro ponto que seria utilizado para defender o cadastro de reserva, a maior discricionariedade das Empresas Públicas e Sociedades de Economia Mista, argumenta o autor:

“Em resumo, todo administrativo vinculado ou discricionário possui três (03) elementos ou requisitos vinculados que são a competência, a forma e a finalidade, não podendo nunca se falar em discricionariedade com relação a esses elementos ou requisitos.” (COLÃO, 2005, p. 71)

Entretanto, ao criarem uma terceira modalidade de concurso público não prevista no atual texto constitucional, denominada de cadastro de reserva, elas excedem a sua competência originária, praticando abuso de poder na modalidade de excesso de poder.” (COLÃO, 2005, p. 72)

Ademais, Colão descreve que não há maior discricionariedade das entidades de direito privado especificadas, em relação aos demais entes da Administração Pública:

“Ocorre que as normas referentes ao ingresso no serviço público, sobretudo as previstas nos incisos I a IV do artigo 37, da Constituição Federal de 1988, são impositivas, portanto, de abrangência obrigatória para todas as entidades de todos os Poderes (Executivo, Legislativo e Judiciário) de todos os Entes Federados (União, Estados, Distrito Federal e Municípios) que compõem a Administração Pública Direta ou Indireta (autarquias, fundações, empresas públicas e sociedades de economia mista) que não podem alterá-las.” (COLÃO, 2005, p. 73)

O autor entende o princípio da legalidade em sentido estrito, conforme o trecho abaixo:

“O argumento de que a Administração Pública pode instruir Concurso Público para cadastro de reserva de vaga, pois o Edital é a ‘lei’ do Concurso Público que regulamenta regulamenta todas as etapas dele, não pode ser acatado também, pois, em decorrência do Princípio da Legalidade no *caput* do artigo 37, da Constituição Federal de 1988, ao Administrador Público somente é permitido fazer o que está previsto na lei, inexistindo liberdade para realizar o que não está previsto nela.” (COLÃO, 2005, p. 75)

Ainda em relação à discricionariedade, entende o autor ser o cadastro de reserva uma restrição aos cargos públicos:

“Desta forma, não pode o Administrador de Empresa Pública e da Sociedade de Economia Mista através de Edital, que é um ato administrativo que, diga-se de passagem, não pode nunca ser *contra legem* (...), criar uma nova modalidade de Concurso Público restritiva ao acesso a cargos e empregos públicos.” (COLÃO, 2005, p. 76)

Adiante, entende Colão que já existe uma previsão de cadastro de reserva na própria Constituição, como disposto a seguir:

“Ocorre que o Concurso Público de Provas ou Provas e Títulos já possui um ‘cadastro de reserva de vagas’, pois, os candidatos aprovados que não tenham sido classificados no número de vagas existentes possuem direito a serem convocados com prioridade, sobre novos concursados, durante o prazo de validade previsto no Edital, para assumir cargo ou emprego da

Administração Pública Direta ou Indireta, conforme se depreende da leitura do IV do art. 37, da atual Constituição Federal.” (COLÃO, 2005, p. 77)

Se o entendimento do autor fosse corroborado, então o cadastro de reserva se inscreveria na total legalidade, e não por sua irregularidade, como o autor pretende argumentar.

Argumenta, ainda, o autor, que as consequências da realização de concurso para cadastro de reserva são a invalidação parcial do Edital, com relação a previsão de Concurso Público de Provas ou de Provas e Títulos (COLÃO, 2005, p. 78); e a responsabilização das Empresas Públicas e Sociedades de Economia Mista por possíveis prejuízos pela realização desses concursos. Ora, se o concurso ainda será realizado com as descritas formas de avaliação, não há de que se cogitar em prejuízo para os concursandos.

#### **4.2.2 Artigo: “Concurso público: direito à nomeação e a existência de cadastro de reserva”**

Fabício Motta compreende que é temerosa a inclusão de previsão de cadastro de reserva:

“Com efeito, o entendimento tradicional ofereceu amparo para situações de completo desvirtuamento do instituto do concurso público. Tornou-se relativamente comum a realização de concursos sem que, ao final, se procedesse à nomeação ou à contratação dos aprovados. Por acreditar que se tratava de competência puramente discricionária, a nomeação dos aprovados foi considerada por muito tempo ato de mera liberalidade, sem qualquer tipo de vinculação para a Administração.” (MOTTA, 2011, p. 253)

Elogia o autor o entendimento sobre o direito subjetivo à nomeação pelo Superior Tribunal de Justiça e pelo Supremo Tribunal Federal, nesse último, no acórdão do RE 227.480, a ser tratado mais adiante.

Motta comenta sobre a necessidade de planejamento e organização pela Administração:

“Em se tratando da seleção de pessoas para servir a sociedade exercendo misteres públicos, o certame deve ser planejado e organizado para que a reposição da força de trabalho esteja sempre adequada, quantitativa e

qualitativamente, à natureza e à complexidade das atividades, aos objetivos e às metas institucionais da Administração Pública.” (MOTTA, 2011, p. 254)

O autor descreve algumas hipóteses que, para ele, seriam válidas para a admissão de concurso exclusivo para cadastro reserva, constituindo-se em exceção, por ter o ente administrativo o dever de planejar-se adequadamente. Seriam elas:

- “a) o processo de criação de cargos públicos já foi iniciado – com o envio do projeto de lei respectivo ao legislativo, por exemplo – mas não concluído;
- b) existência de cargos vagos na vigência de prazo de concurso anterior, cujos aprovados já foram nomeados;
- c) existência de cargos vagos em situação de descumprimento dos limites de gastos com pessoal;
- d) existência de cargos vagos em situação de impossibilidade do cumprimento dos demais requisitos fiscais necessários à nomeação dos aprovados; e
- e) existência de expressivo número de servidores na iminência de aposentadoria compulsória ou voluntária. Em se tratando de aposentadoria voluntária, é necessário que o pedido tenha sido feito e esteja sob análise da Administração.” (MOTTA, 2011, p. 257)

Entende o autor que devem ser obedecidos dois requisitos para a realização de concurso específico para o cadastro de reserva. O primeiro deles é a urgência, o provimento imediato dos cargos assim que cessar a causa impeditiva anterior ao concurso. O segundo seria a probabilidade efetiva de cessão da causa impeditiva em curto espaço de tempo, para que ocorram as admissões urgentes. (MOTTA, 2011, p. 257) Logo, o autor não é contra a realização de concursos exclusivos para cadastro de reserva, mas entende que devam ser exceção em favor do bom planejamento e organização da Administração Pública.

O cadastro de reserva não surgiu para que a Administração possa se escusar de um planejamento adequado de seu orçamento, mas para que possam ser convocados candidatos aprovados na medida em que haja disponibilidade financeira. Logo, a preocupação demonstrada pelo autor em defender a boa administração é válida, porém não vai de encontro ao cadastro de reserva.

#### **4.2.3 Artigo: “Cadastro reserva em certames públicos: mera discricionariedade ou vinculação administrativa?”**

Richard Paes Lyra Junior defende a vinculação administrativa ao ato de nomeação. Afirma que a existência de vagas não-preenchidas pela Administração Pública viola os princípios constitucionais da “legalidade, eficiência, moralidade e, por derradeiro, o princípio da dignidade da pessoa humana”. (LYRA JUNIOR, 2011, p. 364)

Entende que o princípio da legalidade é violado quando há vagas disponíveis, porque “a Administração Pública restou vinculada ao número de vagas ofertadas e dispunha de meios materiais para seu preenchimento.” (LYRA JUNIOR, 2011, p. 364). Ademais, fala sobre o possível prejuízo administrativo:

“Na mesma esfera, o não aproveitamento desse material humano coloca em xeque a estrutura jurídico-constitucional estatuída pelo princípio da eficiência administrativa, visto que, dessa forma, a Administração simplesmente descarta profissionais de comprovada boa técnica e aptos a atender às expectativas almejadas pela máquina pública.” (LYRA JUNIOR, 2011, p. 364)

Sobre o cadastro reserva, entende que sua previsão vincularia mais a Administração Pública ao preenchimento de vagas:

“Inequívoco reconhecer que, ao formar cadastro reserva em certames públicos, a Administração incute, tanto no indivíduo (candidato) quanto na sociedade, a ideia de aproveitamento dessas pessoas assim que caracterizada a possibilidade.” (LYRA JUNIOR, 2011, p. 364)

O autor oferta, na página subsequente, a seguinte justificativa ao argumento apresentado:

“Isso porque, ao lançar instrumento editalício que oferta vagas condicionadas à efetiva necessidade do serviço, o Poder Público compromete-se a contratar proporcionalmente tais candidatos, caso haja carência de servidores em seus quadros.” (LYRA JUNIOR, 2011, p. 365)

Para fundamentar seu entendimento, o autor cita julgados de instâncias do Tribunal Regional do Trabalho e da Justiça Federal de Sergipe. Como existe entendimento do STJ e do STF acerca do tema, destaca-se somente o entendimento no RE nº 581113/SC:

“Na hipótese de haver novas vagas e razoável número de aprovados em concurso ainda em vigor quando da edição da Lei que criou essas novas vagas, não são justificativas bastantes para o indeferimento da prorrogação da validade do certame público razões de política administrativa interna do Tribunal Regional Eleitoral que realizou o concurso.” (LYRA JUNIOR, 2011, p. 366)

Pelo entendimento proposto pelo Ministro Dias Toffoli no excerto em destaque, não se nega a discricionariedade administrativa, apenas sua conclusão de que não se trata de livre arbítrio.

O autor busca afirmar que a Administração incute nos administrados, ao realizar concurso com previsão de cadastro de reserva, a ideia de que deseja aproveitar, o tanto quando possível, os aprovados no dado certame. Esse entendimento não é contrariado quando não há a convocação dos candidatos. Se a Administração Pública estabelece esse entendimento, deseja indicar seu compromisso em convocar os aprovados na medida do possível, sem desconsiderar questões financeiras e outras que possam obstar o provimento de vagas.

#### **4.2.4 Artigo: “A inconstitucionalidade do sistema de cadastro de reserva em concursos públicos: A fraude ao direito subjetivo à nomeação do candidato aprovado dentro do número de vagas.”**

Fábio Henrique Alves Dias é bastante crítico em relação ao cadastro de reserva. Segundo o autor:

“À medida que se consagrou nos tribunais da tese consagradora do direito à nomeação do candidato aprovado dentro do número de vagas, as autoridades administrativas elaboraram um sistema que negligencia a interpretação do Judiciário em relação à correta aplicação da lei e da Constituição, maquiando o seu ato eivado de inconstitucionalidade. Surge o malfadado sistema de cadastro de reserva de vagas. Segundo esse expediente, basta à Administração omitir o quantitativo de vagas quando da criação do edital, publicando a confortável cláusula que lhe confere o direito de não nomear ninguém, para desobrigar-se dos deveres mais elementares afetos a qualquer concorrência pública.” (DIAS, 2011, p. 16-17)

Sua argumentação permeia os casos de não convocação de candidatos:



“Tal sistema, para além de significar violenta afronta aos princípios administrativos da impessoalidade, moralidade e eficiência, representa inegável burla ao entendimento jurisprudencial consolidado acerca do direito subjetivo à nomeação, já que o ente promotor do concurso público pode sutilmente eximir-se da obrigação de convocar o candidato simplesmente prevendo o cadastro de reserva de vagas, contornando pela trilha da imoralidade, toda a evolução histórico-jurídica relativa à proteção dos direitos do candidato que se submete a concursos públicos.” (DIAS, 2011, p. 17)

Questiona a eficiência administrativa quando não há convocação de candidatos:

“A inconstitucionalidade latente do sistema se potencializa diante de sua total incompatibilidade com o princípio da eficiência – em seu viés de otimização dos gastos públicos –, que, dada a intermitente escassez de recursos públicos, há de ser implementado com a máxima efetividade.” (DIAS, 2011, p. 18)

Cita Luciano Ferraz para criticar a possibilidade de nepotismo na realização do concurso:

“No mesmo sentido, convém trazer à colação o posicionamento de Luciano Ferraz: ‘de nada adiantaria definir regras legais para os concursos, se a Administração Pública pudesse simplesmente deixar de nomear aprovados, repetindo sucessivamente o certame até que os selecionados atendessem às querenças do agente administrativo competente para a nomeação.’” (DIAS, 2011, p. 18)

O autor passa a propor soluções para a controvérsia:

“A dúvida, então, repousa sobre como determinar o número de pessoas a serem convocadas, dado ser de atribuição exclusiva da Administração a aferição da insuficiência de pessoal em seus quadros. À vista do impasse, tem-se que a única maneira possível de equacionar a questão é conferir apenas ao primeiro colocado o direito subjetivo à nomeação, fundando-se na lógica de que toda a movimentação estatal voltada à realização do concurso só se justifica se ao menos um candidato for convocado.” (DIAS, 2011, p. 20)

O autor fundamenta esse entendimento no julgamento do Recurso em Mandado de Segurança 33.426/RS, onde: “(...) ainda que se considere o fato de

o edital não fixar o número de vagas a serem preenchidas com a realização do concurso, é de presumir que, não tendo dito o contrário, pelo menos uma vaga estaria disponível.” (DIAS, 2011, p. 20)

Menciona, negativamente, a única previsão sobre a forma dos concursos, constante no Decreto Federal nº 6.944/2009, que “expressamente confere ao Ministro de Estado do Planejamento, Orçamento e Gestão a prerrogativa de realizar concurso público para a formação de cadastro de reserva para provimento futuro.” (DIAS, 2011, p. 21) Ademais, cita um Projeto de Lei que poderia resolver a controvérsia:

“As verdadeiras esperanças são depositadas no Projeto de Lei do Senado Federal nº 369, apresentado em 08 de outubro de 2008. Pela referida proposta, de autoria do Senador Expedito Júnior, ‘o edital de cada concurso público de provas ou de provas e títulos no âmbito da administração direta e indireta da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios não poderá deixar de prever a especificação do número de cargos a serem providos’.” (DIAS, 2011, p. 21-22)

Em suma, o autor critica a realização de concurso de exclusividade para formação de cadastro de reserva por entender prejudicial, tanto para a Administração, quanto em desfavor dos candidatos. A consequência da preocupação descrita pelo autor é a proposição de Projetos de Lei que vedem a realização de concursos que visem somente à formação de cadastro de reserva, como será visto adiante.

Não prospera o entendimento dado pelo autor, no entanto. O caráter discricionário do cadastro de reserva possibilita que a Administração Pública possa

## **5. DEMONSTRAÇÃO DA NÃO EXISTÊNCIA DE PROIBIÇÃO EXPRESSA**

### **5.1 Possível óbice na ausência de previsão legal**

Uma das preocupações iniciais com a possível irregularidade na utilização do cadastro reserva baseia-se no fato de não haver prévia disposição legal que autorize a Administração Pública a realizar concurso com formação de cadastro reserva.

Como visto na definição do princípio da legalidade por JUSTEN FILHO, a mera inexistência de previsão legal explícita de uma norma jurídica não inibe sua realização. Retomando a definição pelo autor:

“A disciplina jurídica é produzida pelo conjunto das normas jurídicas, o que exige compreender que, mesmo sem existir dispositivo literal numa lei, o sistema jurídico poderá impor restrição à autonomia privada e obrigatoriedade de atuação administrativa.” (JUSTEN FILHO, 2013, p. 229)

Verifica-se que, segundo o entendimento do doutrinador, o princípio da legalidade não deve ser entendido em sua literalidade, compreendendo o princípio todo o conjunto de normas jurídicas do ordenamento jurídico pátrio, inclusas as implícitas.

## **5.2 Julgamento do Recurso Extraordinário 227.480**

No julgamento do Recurso Extraordinário 227.480, do Rio de Janeiro, passou-se a reconhecer o direito à nomeação como um direito subjetivo do candidato. A discussão era fundada em saber se, aberto um concurso público pelo Estado, em específico, passa a existir direito adquirido à nomeação ou mera expectativa de direito, por parte dos candidatos aprovados dentro do número de vagas. O concurso em questão era para o cargo de Oficial de Justiça Avaliador do Quadro Permanente da Seção Judiciária do Rio de Janeiro. No início do julgamento, em junho, já haviam votado contra os dois candidatos os ministros Carlos Alberto Menezes Direito, o relator originário, e Ricardo Lewandowski. Eles deram provimento ao recurso do Ministério Público Federal, afirmando que podem existir casos em que não haja condição de nomeação dos aprovados, seja por outras formas de provimento determinadas por atos normativos, seja mesmo por falta de condição orçamentária.

A Ministra Cármen Lúcia Antunes Rocha, contudo, divergiu da posição do relator, sendo acompanhada pelo Ministro Marco Aurélio de Mello. Na ocasião, o Ministro lembrou um precedente da Corte, RE 192.568, do Estado do Piauí, em que a ordem foi concedida, com o entendimento de que se o Estado anuncia no edital que o concurso é para preenchimento de um número determinado

de vagas, uma vez aprovados os candidatos, o Estado passa a ter obrigação de preencher essas vagas.

Ao desempatar o julgamento, o Ministro Carlos Ayres Britto disse que acredita haver direito à nomeação, mas que o Estado pode deixar de chamar os aprovados, desde que justifique essa atitude. No caso concreto, o ministro negou provimento ao recurso. Assim, Ayres Britto seguiu os votos dos Ministros Marco Aurélio e Cármen Lúcia, no sentido de que quando o Estado anuncia a existência de vagas, cria no concursando aprovado direito à nomeação.

Para Ayres Britto, no entanto, o Estado pode vir a deixar de nomear eventuais aprovados, desde que deixe claro, de forma razoável, o porquê de não fazer a contratação. Caso não seja feita essa justificativa, entende o Ministro que há quebra de confiança por parte da Administração Pública, além de violação da moralidade. Isso se verifica nas páginas 1147 a 1149 dos autos, no acórdão do RE 227.480:

“Como apontei em meu voto na mencionada ADI 2.931, o querer da Administração Pública constitui-se numa vontade qualificada, porquanto pública. A mudança de planos, portanto, é de vir acompanhada de justa causa. Nesse mesmo sentido, esta nossa Corte já assentou que ‘como o inciso IV (do artigo 37 da Constituição Federal) tem o objetivo manifesto de resguardar precedência na sequência dos concursos, [...] a Administração não poderá, sem burlar o dispositivo e sem incorrer em desvio de poder, deixar escoar deliberadamente o período de validade de concurso anterior para nomear os aprovados em certames subsequentes. Fora isto possível e o inciso IV tornar-se-ia letra morta, constituindo-se na mais rúptil das garantias.’ (RE 192.568, da Relatoria do Ministro Marco Aurélio).”<sup>5</sup>

“Em suma, se é verdade que os candidatos aprovados em concurso público, em se tratando em conveniência e oportunidade da nomeação, estão sujeitos à discricionariedade da Administração Pública, não menos verdadeiro é que essa discricionariedade é de ser exercida legitimamente. Ora, os candidatos não podem ficar reféns de conduta que, deliberadamente, deixa escoar o prazo de validade do concurso para, em seguida, prover os cargos mediante nomeação de novos concursados ou, o que é muito pior, por meio de inconstitucional provimento derivado. O exercício do poder discricionário da Administração Pública se funda também

---

<sup>5</sup> RE 227.480, p. 1147-1148

na lealdade, esta como um dos conteúdos do princípio da moralidade, Lealdade, como proteção da confiança do administrado, portanto.”<sup>6</sup>

A decisão do Ministro Carlos Ayres Britto data de 16 de setembro de 2008, passando a relatoria a ser da Ministra Cármen Lúcia. A publicação do acórdão final no Diário de Justiça Eletrônico ocorreu apenas em 21 de agosto de 2009, quase um ano depois do voto de desempate do Ministro Ayres Britto. A decisão transitou em julgado no dia 6 de novembro de 2009.

A partir desse momento, o entendimento existente de que a aprovação em concurso era mera expectativa de direito, transformou-se em entendimento de direito subjetivo à nomeação. No entanto, há a ressalva da hipótese em que a Administração Pública, por justificativa razoável, deixe de convocar os aprovados. Esse entendimento do julgado, portanto, não retira a discricionariedade do ato de convocação, mas o torna condicionado à apresentação de motivo.

### **5.3 Mandado de Segurança 17.886**

No Mandado de Segurança 17.886/DF, a Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça decidiu unificar o entendimento jurisprudencial acerca do direito subjetivo à nomeação, e se há reflexo desse direito subjetivo no próprio cadastro de reserva. Tratava-se de pedido liminar impetrado contra o Ministério de Estado da Agricultura, Pecuária e Abastecimento “consistente na contratação, sem concurso público, de 21 (vinte e um) agentes de inspeção, não obstante haver candidatos aprovados em concurso realizado pela Pasta.” Conforme a Ministra Eliana Calmon:

“Em julgamento com repercussão geral (RE 598.099/MS, Plenário, rel. Min. Gilmar Mendes, DJ 10/08/2011), a Suprema Corte fixou o entendimento de que, salvo em situações excepcionálíssimas (sujeitas ao controle por parte do Poder Judiciário), a Administração tem a obrigação de nomear os candidatos classificados dentro do número de vagas constantes do Edital, analisando, também, na ocasião, o direito à nomeação de candidatos inscritos em cadastro de reserva, nas hipóteses em que forem surgidas novas vagas.”

---

<sup>6</sup> RE 227.480, p. 1148-1149

Ela destaca que condições devem ser preenchidas para a existência do direito subjetivo à nomeação:

- “a) previsão em edital de número específico de vagas a serem preenchidas pelos candidatos aprovados no concurso público;
- b) realização do certame conforme as regras do edital;
- c) homologação do concurso e proclamação dos aprovados dentro do número de vagas previsto no edital, em ordem de classificação, por ato inequívoco e público da autoridade administrativa competente.”

Ela ressalta que o entendimento sobre a discricionariedade permanece, apesar de reduzida, no caso julgado pelo STF:

“Não obstante, quando se diz que a Administração Pública tem a obrigação de nomear os aprovados dentro do número de vagas previsto no edital, deve-se levar em consideração a possibilidade de situações excepcionalíssimas que justifiquem soluções diferenciadas, devidamente motivadas de acordo com o interesse público.”

Entende a douta magistrada que não há existência de qualquer direito subjetivo à nomeação que se refira ao cadastro de reserva, como ela demonstra ao citar o julgamento do Agravo Regimental no Recurso de Mandado de Segurança 21.362/SP:

Ainda que novas vagas surjam no período de validade do concurso, - por criação de lei, ou mesmo por força de vacância -, o seu preenchimento está sujeito a juízo de conveniência e oportunidade da Administração.

Revela também a Ministra que, em semelhante rumo, segue o entendimento no RMS 34789/PB:

“Segundo a jurisprudência desta Corte e do STF, têm direito à nomeação os candidatos aprovados dentro do número de vagas oferecidas no edital de concurso. Quanto aos demais candidatos, não assiste direito líquido e certo à nomeação, mesmo que novas vagas forem surgindo no período de validade do concurso - por criação de lei ou por força de vacância - cujo preenchimento está sujeito a juízo de conveniência e oportunidade da Administração.”

Desejando seguir os precedentes da Suprema Corte brasileira, a douta Ministra firma o entendimento no sentido da discricionariedade do cadastro de reserva, pela Administração Pública:

“Entendo pertinente e necessário o alinhamento da jurisprudência, voltando-se ao que era antes, dentro do parâmetro fixado em repercussão geral pela Corte maior, para reconhecer o direito subjetivo à nomeação somente dos candidatos aprovados dentro do número de vagas inicialmente previsto no instrumento convocatório, restando à Administração o exercício do seu poder discricionário para definir pela conveniência de se nomear os candidatos elencados em cadastro de reserva.”

O acórdão do MS 17.886 foi publicado no dia 14 de outubro do presente ano, tendo a decisão transitada em julgado em 27 de novembro. Assim, firma-se entendimento jurisprudencial recente pela discricionariedade do cadastro de reserva, em contraposição à teoria de que o direito subjetivo à nomeação dentro das vagas previstas obstaría o poder da Administração Pública em escolher por sua realização.

#### **5.4 Projeto de Lei do Senado nº 74/2010**

Em tramitação no Senado Federal, encontra-se um texto normativo importante ao trabalho em questão. O Projeto de Lei do Senado nº 74/2010, é conhecido, em sua ementa, como a Lei Geral dos Concursos.

O PLS disciplina o *modus operandi* da Administração Pública no que tange à matéria de concursos públicos; determina em lei a existência de direito líquido e certo da nomeação do candidato aprovado dentro das vagas estabelecidas; proíbe a realização de concurso público destinado exclusivamente à formação do cadastro de reserva; e delimita sua utilização a não mais do que 50% do número de vagas ofertadas.

Sua entrada em vigor significaria o primeiro texto legislativo a regular expressamente, o concurso público em âmbito nacional. Conforme o referido texto legislativo:

“Art. 8º É vedada a realização de concurso que se destine, exclusivamente, à formação de cadastro de reserva.

§ 1º - Todos os candidatos aprovados dentro das vagas ofertadas deverão ser empossados até o decurso do prazo legal de validade do concurso, com a prorrogação, vedada a realização de novos certames durante o referido período.

§ 2º - A aprovação dentro das vagas anunciadas no edital assegura ao candidato direito líquido e certo à investidura no cargo ou emprego público, dentro do cronograma previsto no Caput deste artigo.

§ 3º Durante o período de validade do concurso público, o Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão poderá autorizar, mediante motivação expressa, a nomeação de candidatos aprovados e não convocados, podendo ultrapassar em até cinquenta por cento o quantitativo original de vagas.”

O PLS nº 74/2010 foi aprovado pela Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania (CCJ) do Senado, tendo sido remetido à Câmara dos Deputados para revisão em 17/07/2013.

A partir do momento em que for aprovado o PLS nº 74/2010, estará bem demarcado o limite para o cadastro de reserva na realização de processo seletivo. Destaca-se que a ressalva feita pelo ministro Ayres Britto no julgamento do RE 227.480 não está presente no projeto de lei, assim, em um entendimento estrito, a Administração Pública não poderia mais deixar de convocar os aprovados.

Entretanto, o PLS nº 74/2010 ainda encontra-se em debate e tramitação, não vigorando para o momento atual. Ademais, a omissão legislativa referente a tal possibilidade não elimina a discricionariedade administrativa, conforme o ensinamento sobre o princípio da legalidade por JUSTEN FILHO, porém, tacitamente, admite sua existência no ordenamento jurídico.

## **5.5 Projeto de Lei do Senado nº 154/2011**

Ademais, pode ser citado o Projeto de Lei do Senado nº 154/2011<sup>7</sup>, de autoria do Senador Rodrigo Rollemberg, que, sendo aprovado, extinguiria a possibilidade de realização de concurso público destinado exclusivamente à formação de cadastro reserva. Segundo o texto normativo:

“Art. 1º É obrigatória a nomeação, nos concursos públicos para provimento de cargos ou empregos públicos da União, de todos os candidatos

---

<sup>7</sup> BRASIL. Senado Federal. Projeto de Lei do Senado nº 154/2011, p.1



aprovados e classificados até o número de vagas indicado no edital do certame.

Parágrafo único. O número de vagas indicado nos editais dos concursos públicos deve refletir a efetiva necessidade do serviço, vedando-se a realização de concursos públicos exclusivamente para a formação de cadastro de reserva.”

Na parte da justificação do projeto, verifica-se o seguinte trecho:

“O projeto que apresentamos busca corrigir essa distorção, concedendo aos candidatos aprovados dentro do número de vagas oferecido não apenas a expectativa de direito, mas o direito efetivo à nomeação. Para evitar possível burla a esse direito, vedamos a realização de concursos públicos exclusivamente para formação de cadastro de reserva, nos quais não haveria previsão do número de vagas colocadas em disputa. Introduzimos, ainda, a determinação de que o número de vagas colocadas em disputa reflita as efetivas necessidades do serviço, medida que promove a racionalidade na gestão de pessoal da Administração e resguarda o interesse público.”<sup>8</sup>

A distorção referida no excerto é a expectativa que encontra-se frustrada pela não convocação de candidatos. Assim, nesse PLS, em forma semelhante ao PLS nº 74/2010, deseja-se converter a mera expectativa de direito em direito subjetivo em lei, corroborando-se o entendimento atribuído pelo STF à matéria.

Entretanto, verifica-se que no PLS não há restrição específica ao cadastro de reserva, apenas vedação de realização de concurso de caráter exclusivo para sua formação. Novamente, há a aceitação tácita da existência do cadastro de reserva no ordenamento jurídico, já que o Projeto de Lei só visa restringir a utilização do referido instituto.

---

<sup>8</sup> BRASIL. Senado Federal. Projeto de Lei do Senado nº 154/2011, p.2

## 6. CONCLUSÃO

O cadastro de reserva, sob vários aspectos, é positivo ao ordenamento jurídico brasileiro. Além de atender a requisitos de eficiência, à supremacia do interesse público, atua no sentido de garantir a continuidade dos serviços públicos, por evitar uma morosidade que poderia converter-se em grave prejuízo à adequada prestação de serviços públicos.

Esse instituto é construído pela utilização do poder discricionário da Administração Pública, sem que seja, entretanto, fruto de arbitrariedade. Constitui-se em consequência da luta pelos direitos individuais que se tornou mais impactante a partir da Constituição de 1988, conhecida como a Constituição Cidadã.

Um reflexo positivo dessa busca por direitos é a própria expansão do instituto do concurso público. Em decorrência da adoção da teoria da burocracia administrativa, a partir de 1936, passa a ser exigido da Administração Pública que eleja seus servidores com base no profissionalismo, na hierarquia funcional, na carreira e principalmente, na impessoalidade. Objetiva-se, com isso, reduzir os resquícios do sistema patrimonialista, que são a corrupção e o nepotismo.

Os fenômenos de judicialização e tribunalização da política são uma forma de tornar o Direito mais dinâmico, na tentativa de ir adequando o texto legislativo aos anseios sociais refletidos nas ações judiciais.

O cadastro de reserva não poderia ser admitido no ordenamento se houvesse disposição em contrário. Verifica-se que, na argumentação dos autores Sérgio Bahiense Colão, Fabrício Motta, Richard Paes Lyra Júnior e Fábio Henrique Alves Dias, são questionados à violação ao direito subjetivo à nomeação, a falta de planejamento da Administração Pública e a negligência em relação aos súditos quando da não convocação. Assim, tornou-se essencial demonstrar que, além de ser fruto da luta pelos direitos e em benefício da coletividade, que não há disposição legal expressa.

O julgamento do RE 227.480 mudou o entendimento da nomeação para cargo público, de mera expectativa de direito à direito subjetivo exigível na instância judicial. Entretanto, como revela o douto ensinamento do Ministro Carlos Ayres Britto, a Administração Pública pode deixar de nomear, ou nomear candidatos para além do número de vagas, de acordo com sua discricionariedade; sem, no

entanto, deixar de observar que esse ato deve sempre ser fundamentado com motivo razoável.

Na análise dos PLS nº 74/2010 e 154/2011, verifica-se que, no atual ordenamento jurídico brasileiro, não existem impedimentos legais a obstar a utilização de cadastro reserva nos concursos públicos. Pelo contrário, os dispositivos apresentados, ao trazer restrições ao instituto, acabam tacitamente admitindo sua legalidade.

Prima-se pelo entendimento, ao longo do que foi discutido nesse trabalho, que a construção do cadastro de reserva é fundada no poder discricionário, trazendo benefícios ao interesse público, seja da Administração Pública, seja da coletividade.

Ao interesse da máquina administrativa, é importante que sejam obtidos os candidatos mais aptos ao cumprimento das obrigações, e com o menor ônus, que seria a realização de novo certame, com dispêndio de recursos humanos e financeiros. Aos candidatos, o cadastro de reserva beneficia no sentido de que o anseio social pelo provimento de mais vagas é atendido, sem que seja obrigado a inscrever-se em novo certame, com pagamento de nova taxa de inscrição, além de outros gastos que iria realizar.

Em suma, o cadastro de reserva, apesar dos temores relatados pelos autores, é inserido na legalidade, constitui-se em eficiência administrativa e beneficia à coletividade.

## 7. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm)>. Acesso em: 19 nov. 2013.

BRASIL. Senado Federal. Projeto de Lei do Senado nº 74/2010. Lei Geral dos Concursos. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/atividade/materia/getPDF.asp?t=74640&tp=1>>. Acesso em: 19 nov. 2013.

BRASIL. Senado Federal. Projeto de Lei do Senado nº 154/2011. Estabelece a obrigatoriedade de nomeação pela Administração Pública Federal dos candidatos aprovados em concurso público, respeitado o número de vagas estabelecido no edital do certame. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/atividade/materia/getPDF.asp?t=88717&tp=1>>. Acesso em: 19 nov. 2013.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Mandado de Segurança 17.886. Relatório e Voto. Disponível em:  
<[https://ww2.stj.jus.br/processo/jsp/revista/abreDocumento.jsp?componente=ATC&sequencial=28906337&num\\_registro=201102911621&data=20131014&tipo=51&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/processo/jsp/revista/abreDocumento.jsp?componente=ATC&sequencial=28906337&num_registro=201102911621&data=20131014&tipo=51&formato=PDF)>. Acesso em 12 dez. 2013.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 227.480: Ementa e Acórdão. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=601216>>. Acesso em: 19 nov. 2013.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 25ª Edição. São Paulo: Ed. Atlas. 2012. 1250 p.

COLÃO, Sérgio Bahiense. **O concurso público para cadastro de reserva**. In: Revista de Direito do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, n. 63. p. 67-82, abr./jun. 2005.

DIAS, Fábio Henrique Alves. **A inconstitucionalidade do sistema de cadastro de reserva em concursos públicos: A fraude ao direito subjetivo à nomeação do candidato aprovado dentro do número de vagas**. Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro. Disponível em: <[http://www.emerj.rj.gov.br/paginas/trabalhos\\_conclusao/2semestre2011/trabalhos\\_22011/FabioHenriqueAlvesDias.pdf](http://www.emerj.rj.gov.br/paginas/trabalhos_conclusao/2semestre2011/trabalhos_22011/FabioHenriqueAlvesDias.pdf)> Acesso em: 12 dez. 2013. 25 p.

EISENBERG, José. **Pragmatismo, Direito reflexivo e judicialização da Política**. In: VIANA, Luiz Werneck (org.). A Democracia e os Três Poderes no Brasil. Belo Horizonte: Ed. UFMG: 2002. 559 p.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 9ª Edição. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2013. 1408 p.

LYRA JUNIOR, Richard Paes. **Cadastro reserva em certames públicos: mera discricionabilidade ou vinculação administrativa?** In: Revista Zênite: informativo de regime de pessoal: IRP, v. 11, n. 124, p. 363-366, nov. 2011.

MAFRA, Francisco. **Administração Pública burocrática e gerencial**. Disponível em <[http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=503](http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=503)>. Acesso em: 25 nov 13.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo brasileiro**. 24ª Edição. atualizada por AZEVEDO, Eurico de Andrade et alli. São Paulo: Ed. Malheiros:1999.

MOTTA, Fabrício. **Concurso público: direito à nomeação e a existência de cadastro de reserva**. In: Revista Zênite: informativo de regime de pessoal: IRP, v. 11, n. 123, p. 248-258, out. 2011.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 26ª Edição. São Paulo: Ed. Malheiros. 2007. 928 p.